

O DIREITO DO INÍCIO DA ERA MODERNA E A IMAGINAÇÃO ANTROPOLÓGICA DA ANTIGA CULTURA EUROPÉIA¹

EARLY MODERN LAW AND THE ANTHROPOLOGICAL IMAGINATION OF OLD EUROPEAN CULTURE

*ANTÓNIO MANUEL HESPANHA**

Resumo

Desde a metade do século XIX até a década de 70 do século XX, a história jurídica e constitucional foi não raro inspirada pela hipótese de que organização social e axiomas da tradição europeia formam uma continuidade. Igualmente a terminologia jurídica – desde o antigo latim até os modernos pandectistas – é muitas vezes a mesma: superficiais interpretações dos textos fazem com que essa assertiva se torne auto-evidente.

A própria peculiar forma em que os historiadores do Direito costumam escrever história fez o resto: (I) o significado é separado do contexto do imaginário subjacente da sua época e dos usos do discurso pragmático; (II) os textos jurídicos são isolados de seu contexto não-jurídico; (III) a interpretação é moldada por categorias contemporâneas; (IV) entidades discursivas de origem “nativa” são reduzidas a antecipações de modernos conceitos de regras. Mas, mais do que isso, o aspecto insólito, exótico, bizarro e perturbador do imaginário social na doutrina jurídica é omitido e sacrificado no altar da perene continuidade do “direito ocidental”.

No texto que segue, tenciona-se explorar as inesperadas criações do imaginário medieval e do imaginário da era moderna em sua plena singularidade, desde a imprecisa distinção entre pessoas e coisas até a rígida correlação entre emoções e comportamento externo, desde a quase irrelevância da vontade livre na formação da interação humana até a surpreendente contigüidade entre lei e amor. Esses são alguns exemplos que tornam a cultura institucional medieval e do início da era moderna tão distinta do anódino retrato que prevalece na atual história do Direito.

Minha estruturação metódica discrepa de algumas das mais comuns tendências da historiografia legal clássica:

- a) é distinta da hermenêutica pelo fato de que o que deve ser revelado é não simplesmente a identidade de um significado “humano”, mas, principalmente, as particularidades de passadas elaborações mentais;
- b) discrepa da concepção do direito natural, realçando as ilimitadas variações de percepções, valores e emoções humanas;

¹ Traduzido por: Desembargador Pedro Henrique Particheli Rodrigues

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa - Portugal.

c) rejeita a clássica “história das idéias”, pois acentua o caráter inconsciente e não-intencional das elaborações humanas;

d) finalmente, diverge da história social de idéias porque afirma a capacidade constitutiva de representações mentais (por exemplo, a capacidade que elas têm de formação de realidade e interação social).

Palavras-chaves

Jurista – Advogado – Coisa – Sujeito de Direitos - Lei das Obrigações – Lei Natural – Livre arbítrio – Ser humano – “Status” - Animal - Obrigação - Contrato

Abstract

From mid-19th century to the '70 of 20th century, legal and institutional history has been at a time inspired by the hypothesis that social and axioms of European tradition form a continuum. As legal terminology - from late Latin to modern pandectistic - is often the same, shallow interpretations of the texts of texts turn this assumption in a self-evidence.

The very peculiar way in which legal historians use to write history has done the rest: (i) meaning is decontextualised from both underlying epochal mental imagery and pragmatic discourse uses; (ii) legal texts are cut from their non legal intertext; (iii) interpretation is moulded by contemporary categories; (iv) original “indigenous” discursive entities are reduced to anticipations of modern concepts or rules. But, more than this, the odd, exotic, bizarre, perturbing, side of social imagery present in legal doctrine is silenced and sacrificed on the altar of the everlasting continuity of “western law”.

The following text intends to explore the unexpected creations of medieval and early modern legal imagery in their full strangeness. From the blurred distinction between persons and things to the rigid contingency between emotions and external behaviour; from the almost irrelevance of free will in the shaping of human interaction till the surprising contiguity between law and love. Those are a few examples that render medieval and early modern institutional culture so distinct from the anodyne portrait prevailing in current legal history.

My methodological enterprise dissents from some of the most common trends of classical legal historiography:

It is separated from hermeneutics by the fact than what is to be unveiled is not the even identity of a «human» meaning, but rather the oddities of unfamiliar past mental constructs.

It diverge from natural law conceptions by stressing the unlimited variations of human perceptions, values and emotions;

It rejects the classical «history of ideas» while the unconscious and unintentional character of mental constructs is stressed.

It finally dissent from social history of ideas because it assumes the constitutive ability of mental representations (i.e., the ability of shaping reality and social interaction).

Keywords

Jurist – Lawyer – Thing – Subject of rights – Duty law – Natural law – Free will – Human-being – “Status” – Animal – Obligation - Contract

1. Sujeitos e Objetos

Em um capítulo do seu *Tratado a respeito de Justiça e Lei*, escrito em 1586, Domingo de Soto, um dominicano espanhol, famoso teólogo e jurista, expressou uma estranha teoria a respeito da capacidade dos animais e mesmo das feras de serem sujeitos de direito.

“Pode realmente afirmar-se que, a seu modo, os animais têm direito de propriedade das pastagem [...]. Parece também que a rainha das abelhas tem domínio sobre o enxame [...] e, entre os irracionais, parece que o feroz leão reina sobre os demais animais; da mesma forma que o abutre parece exercer domínio sobre os frágeis pássaros. O mesmo pode ser dito sobre o inanimado firmamento, que tem domínio sobre este mundo sublunar, difundindo calor e vigor proveniente daquilo de que se nutre e que o desenvolve”. (IV, 1 2, p. 284, col. 1)

A idéia de que animais, feras e mesmo coisas inanimadas, como o firmamento ou uma rocha, estavam jungidos por liames de propriedade ou de poder político não era uma metáfora poética de um erudito imaginativo. Personagens práticos, escrevendo textos prosaicos a respeito de temas quotidianos da vida, compartilharam a mesma convicção de que irracionais ou coisas podiam ser sujeitos dos mesmos direitos e faculdades jurídicas reivindicados por seres humanos.

Ulpiano, num conhecido texto jurídico romano, escreveu a respeito do direito natural como sendo uma norma que “a natureza ensina a todos os animais [...], que se impõe na terra ou nos mares, mesmo aos pássaros” (Ulpiano, Digesto de Justiniano, 1, 1, 1, 3). E um jurista alemão do início da era moderna, Hermann Wissman, escrevendo a respeito da lei relativa às

cores, sustentou a primazia de algumas delas (como a cor púrpura e a dourada), como um direito em si, que poderia ser reivindicado judicialmente (*De iure circa colores*, Lipsiae, 1683).

Infinitos exemplos de ilustrações práticas dessa “pan-jurisdição” do mundo no senso comum da era moderna podem ser dados. Os animais eram responsabilizados por ferimentos (*actio de pauperie*) e sujeitos a sanções criminais. Na metade do século XIX, um jurista português (Dias Ferreira) dá notícia de um processo contra um boi que quebrara o braço de alguém, numa pequena aldeia do norte de Portugal, Alfândega da Fé (Ferreira, 1870, I, 6). Um século antes (aproximadamente em 1751), destruíram-se casas, salgaram-se e esterilizaram-se terras como punição por haverem sido propriedades dos Duques de Aveiro, portugueses condenados por alta traição. De outro lado, propriedades imobiliárias tinham direito a serviços humanos (servidão) ou a servidões prediais, como direitos de passagem. E, como todos sabem, alguns homens ou mulheres (escravos) eram legalmente alienados, como coisas, embora sob um regime jurídico um tanto diferente.

Nítidas distinções entre pessoas e coisas simplesmente não existiam, ao menos com a mesma estrutura de hoje. A fonte dessa indistinta linha era uma bem diferente concepção da ordem do mundo.

A natureza era um universo mais homogêneo, um todo interativo, onde todas as criaturas – animadas ou não, inteligentes ou irracionais – gozavam de proteção judicial ou eram juridicamente responsáveis perante outros. Este modelo panteísta – comum a um vasto âmbito de culturas – foi compartilhado por gregos e romanos. O cristianismo apenas acrescentou o pormenor de um Deus Criador. A Criação tornou-se um grande – embora polifônico – coro onde cada indivíduo cantava a seu próprio modo uma prece a Deus.

Embora a Criação fosse um mundo ordenado, essas distintas canções e diferentes modos de procurar harmonia tinham a mesma hierarquia em relação ao seu objetivo final. Um episódio expressa perfeitamente essa equivalência das diferentes partículas do ser. Em sua última entrada em Jerusalém, Cristo foi acusado pelos fariseus de permitir que seus discípulos o proclamassem rei. Sua resposta evoca a própria unidade e inter-relação de criaturas: “Digo-lhes, mesmo que, se eles (meus seguidores) silenciassem, as próprias pedras me proclamariam” (Lucas, 19).

De outra parte, uma sensibilidade jurídica mais moderna introduziu uma nova e íntima relação entre direito, razão e vontade. Algumas décadas mais tarde, Francisco Suarez explicou que apenas metaforicamente o conceito de direito poderia aplicar-se a coisas inanimadas ou irracionais, implicitamente criticando os juristas romanos e Santo Tomás por sua adesão a um excessivamente amplo conceito de direito.

“Porque Platão – escreve ele (*Tractatus de legibus ac Deo legislator Conimbricæ*, 1613, I, ch. 3) – [...] aparentemente conceitua ‘direito natural’ como todas as inclinações naturais colocadas nas coisas por seu Criador, pela qual elas freqüentemente tendem para os atos e finalidades que lhes são próprias [...], mesmo assim deu o nome de direito natural à participação neste princípio racional, que foi incutida em todas as criaturas para que pudessem tender para suas finalidades preestabelecidas. Santo Tomás (I-II, qu 91, art. 2) disse mesmo que todas as coisas governadas pela divina providência compartilham de alguma forma da lei eterna, na medida em que derive de sua eficácia, inclinações a seus peculiares atos e finalidades. Os jurisconsultos, por sua vez, enquanto sustentam que o direito natural é comum a outros seres vivos, tanto quanto aos homens, aparentemente excluem coisas inanimadas da participação nesse direito, um fato que é comprovado pelas *Institutas* (I.ii, § 1) e pelo *Digesto* (I.1,1).

Todavia, acrescenta, estreitando o antigo conceito a respeito da extensão do direito natural – “como declaro no primeiro capítulo, ‘direito’ deve ser aplicado a coisas irracionais não em seu sentido estrito, mas apenas metaforicamente [...]. Nem mesmo os rudes animais são capazes de (participação no) direito em sentido estrito, uma vez que não têm uso da razão ou de liberdade; dessarte, é somente por uma espécie de metáfora que o direito pode ser-lhes aplicado. Pois, embora mesmo que difiram de coisas irracionais sob esse aspecto, isto é, que sejam guiados não simplesmente pela força da natureza, mas também pelo conhecimento e instintos naturais, um instinto que é para eles uma forma de lei, embora a segunda interpretação dos jurisconsultos possa, portanto, ser sustentada de alguma forma, inobstante isso, falando em termos absolutos, essa interpretação é metafórica e, em grande extensão, dependente de analogia”.

Essa espetacular mudança no conceito de direito não se deveu a um progresso da razão ou a um avanço em inteligência. Simplesmente, o contexto teológico e antropológico de pensamento legal modificou-se.

A controvérsia dos universais abalou o conceito de uma ordem mantida por contingência interna, havendo introduzido o conceito oposto de uma energia individual e autônoma (*impetus*), como base da organização dos elementos. Em outras palavras, no mundo humano, o império da vontade como fonte da ordem social estava chegando.

Também, na teologia católica pós-Trento, por outra série de fatores, o livre arbítrio humano tornou-se um valor fundamental, tanto mais quanto na polêmica teológica antiprotestante sobre a salvação, o tema central debatido foi a antinomia entre predestinação e livre arbítrio.

Portanto, o universo juridicamente ativo teve que restringir-se a seres capazes de realizar voluntariamente ações racionais. Uma distinção decisiva foi então introduzida entre seres humanos e não-humanos. Seres humanos tornaram-se nitidamente o centro e os únicos sujeitos da ordem jurídica. “Só os homens podem ser sujeitos de direitos e obrigações”, declara enfaticamente o artigo primeiro do Código Civil Português (1867). A unidade original da criação foi destruída. Desde então, a personalidade jurídica tornou-se o monopólio e também a especificidade de seres humanos. Com isso, a existência de seres humanos que eram juridicamente considerados como coisas em breve se tornaria insustentável.

2. Substância e papéis – indivíduos e *status*

Discutindo a relação jurídica entre a Coroa e a Casa dos Duques de Bragança, que se tornaria na Casa Real Portuguesa do século XVII em diante, um jurista lusitano escreveu que diversas pessoas simbólicas podiam ser vistas no corpo do rei, “cada uma retendo e conservando sua natureza e qualidades e devendo ser considerada distinta das outras” (cf. Pegas, 1669, *ibid*). Essa é mais uma expressão de superposição de entidades simbólicas no mesmo corpo físico, como foi descrito por Ernst Kantorowicz em seu clássico trabalho (*King's two bodies*, 1957).

O que deve ser sublinhado aqui é que tal reverberação simbólica não era exclusiva de pessoas reais. A sociedade – de acordo com o conceito jurídico – era uma infinita pletora de pessoas, cada uma correspondendo a uma particular inserção de qualquer indivíduo na organização social, isto é, correspondendo a um *status*. Como Manuel Pegas, um praxista português do século XVII, escreveu, “não é nem novo, nem contrário aos termos da razão que um mesmo homem exerça diferentes direitos, sob diferentes aspectos” (Pegas, 1669, XI, *ad* “*Ord.*, 2, 35, cap. 265, n. 21). Além disso, para esse desdobramento de personalidades, havia o exemplo teológico da Santíssima Trindade.

Todavia, a relação entre *status* e indivíduo era ambivalente. *Status* podia tanto explodir como implodir indivíduos. A desintegração individual ocorria quando o *status* passou a representar atributos, condições ou posições do mesmo indivíduo (como pai, filho, profissional, natural de um reino). Implosão ocorria sempre que um *status* atribuísse uma única identidade a um grupo plural de indivíduos “Pai e filho são uma e a mesma pessoa no que concerne à lei”, escreveu Álvaro Valasco (Valasco, 1588, cons. 126, n. 12). A explosão dava-se nos casos acima referidos de desdobramento de uma pessoa nos seus diversos estados. Já a força explosiva do *status* podia mesmo modificar a própria natureza física da substância somática. Uma filha que herdasse no lugar de seu pai (pelo denominado direito de representação) tinha que se tornar num varão para herdar bens que só podiam ser havidos em herança por homens (v. g. , feudos).

Do ponto de vista jurídico, os indivíduos eram tão despiciendo quanto o *status* era fundamental. O direito era uma espécie de pintura impressionista em que a rígida materialidade das coisas (ou pessoas físicas) era substituída pelos incontáveis reflexos nelas provocados pelas diferentes luzes da interação social. Portanto, substâncias físicas tornaram-se uma mera reverberação cromática. Seres humanos eram atores que representavam diversos papéis sociais. Enquanto nossa imaginação é centrada no ator, a imaginação moderna era centrada no personagem. É por isso, provavelmente, que o vocabulário político carecia de palavras para expressar um sujeito com vontade livre. *Sujeito* significava uma pessoa submetida, *persona*, um ator que desempenha um papel preestabelecido. Numa palavra, a definição de indivíduos (e coisas, como veremos) estava relacionada com suas funções, e não com sua essência isolada.

Essa prevalência de função sobre atores individuais explicará, de outro lado, o implosivo efeito de *status*. Indivíduos com a mesma função eram classificados como entidades transindividuais; como famílias, guildas e todas as espécies de corporações, para as quais um sem-número de palavras eram aplicáveis (*collegium*, *corpus*, *societas*, *communitas*, *civitas*). Portanto, a sociedade era vista mais como um conjunto ordenado de *status* (*società di ceti*, *Ständengesellschaft*, *société d'ordres*), do que uma congregação de indivíduos. A idéia é dada por Charles Loyseau, em seu *Traité des ordres et simples dignités* (1610), de uma forma muito significativa:

“[...] E assim, por meio dessas múltiplas divisões e subdivisões, de muitas ordens é formada uma ordem geral, e de muitos estados um bem ordenado estado, em que

há boa harmonia e consonância e uma correspondência e inter-relação desde o mais alto até o mais baixo: de forma que, através da ordem, um número infinito resulta em unidade. Tal como diz o direito canônico (*Decretum*, D. 89, c. 7): “[...], a comunidade, como todo, não poderia subsistir, a não ser que uma grande ordem de diferenças a preservasse, pois nenhuma criatura pode ser governada por uma e mesma qualidade. O modelo das hostes celestiais ensina-nos isto: há anjos e arcanjos; por isso, evidentemente, que não são iguais; ao contrário, diferem uns de outros em poder e ordem” (*Préface*, 4).

Em tal imaginário social, indivíduos simplesmente desapareciam, seja por explosão em seus diversos papéis sociais, seja por sua subsunção a uma função social transindividual.

3. Substância e papéis – uma propriedade multiforme

A mesma concepção “relacional” ou “anti-reificante” dominava a imaginação das coisas. Também as coisas estavam longe de ser objetos bem delimitados, com uma individualidade singular e propriedades permanentes.

Também aqui há uma pré-compreensão de um universo harmônico, abrangendo homens e coisas com funções recíprocas. As coisas, conforme o Gênese, foram criadas para o homem; dessarte, o natural funcionamento das coisas importava na noção de “uso humano”.

Portanto, mais do que objetos fisicamente identificáveis, coisas eram dispositivos ou processos através dos quais desejos (*affectiones*) podiam ser satisfeitos – coisas eram “utilidades”; em termos jurídicos, “utilidades” juridicamente exigíveis. “Coisa” – diz-se numa definição jurídica comum (Amaral, 1740, s. v. *res*, n. 1) – “é um nome genérico, que compreende direito, contratos e todas as obrigações [...]”. Considerando a volatilidade e mobilidade do objeto definido, mesmo esta ampla acepção era “uma definição perigosa porque, inobstante o fato de que a definição é apenas uma demonstração da substância de uma coisa definida, nesse particular, poderiam ocorrer muitas variações, conforme as circunstâncias dos casos” (cf. Amaral, 1740, s. v. *res*, ad 2, p. 363, 2).

Realmente, coisas apresentavam-se completamente desmaterializadas. Poderiam existir sem nenhum substrato material (como direitos, atuais ou virtuais, a exemplo das expectativas de direitos [*fundatae intentiones*], ou o direito de herdeiros legitimados à herança de uma pessoa viva). Ou coisas podiam, por outro lado, compartilhar do mesmo objeto material, como os

diferentes direitos que são suscetíveis de incidência sobre a mesma coisa (propriedade, posse, usufruto, reivindicações comunitárias, direitos fiscais, etc.).

Este último significado conceitual explica por que os juristas medievais não se preocupavam com o fato de que diversos *dominia* (ou direitos de propriedade) – em princípio reciprocamente excludentes e sem limites – podiam existir, simultaneamente, sobre a mesma propriedade. De fato, suas infinitas reivindicações podiam subsistir, porque se adequavam a diferentes utilidades (para diferentes coisas) do objeto físico comum subjacente.

Tudo isso significa que as coisas não preexistiam à ordem das relações humanas; ao contrário, foram criadas pelo fato de que essa ordem existia e lhes atribuíra utilizações precisas.

Assim como acontece com as pessoas, também coisas eram privadas de materialidade física e reduzidas a funções ou relações dentro de um mundo organizado.

4. Ritos e emoções

O cerimonial era conhecido. Sempre que o Rei de Espanha desejasse alçar um cortesão ao grau de Grande, solenemente convidaria o nobre, na presença da Corte, a cobrir sua cabeça com um chapéu. Essa alteração de protocolo expressava os sentimentos de igualdade e intimidade do rei com relação a um súdito particular. Daí por diante, a manifestação externa de sua situação social, a saber, o fato de que um nobre usasse um chapéu diante do rei, expressava, por si, o substrato emocional de sua relação.

Esse é um exemplo de uma idéia comum, segundo a qual havia uma relação de necessidade entre atitudes externas e emoções.

Presumia-se que a vida emocional tinha uma arquitetura rígida. Sentimentos e emoções não dependiam do temperamento individual; ao contrário, deviam consistir em disposições internas, espécie de padrões psicológicos, tal como foram identificados e aquilatados por teólogos de moral. Um bom exemplo de tal mapeamento da “anatomia da alma” (*Anatomia dell’Anima*, Bergamo, 1991) é o conjunto de questões de Santo Tomás a respeito de amor e amizade, em que diferentes espécies de afetos são bem rigidamente tipificados, assim como sua hierarquia, sentimentos relacionados e manifestações externas (corporais, litúrgicas).

Realmente, a existência dessa ordem natural de emoções transformava afeições em entidades objetivas, com dimensões externas bem estabelecidas.

Tanto quanto a fé deveria materializar-se em obras, cada espécie de emoção devia, presumidamente, expressar-se em atitudes determinadas, ritos e procedimentos práticos. Desse modo, as afeições políticas (*affectus*) tinham uma lógica objetiva e indisponível que limitava a vontade ou paixões das pessoas e se expressava em atos tipificados (*effectus*).

Portanto, os afetos devidos haviam de ser retribuídos com comportamentos externos, determinados por padrões objetivos, ínsitos na natureza das coisas. Curvar-se ou levantar-se, beijar as mãos ou a face, tirar o chapéu ou colocá-lo, eram atitudes corporais de que se podiam inferir as atitudes internas correspondentes. Mesmo as mais íntimas relações tinham rigorosas regras de significado. A dramaturgia do amor íntimo, por exemplo, dependia não da criatividade e do êxtase emocional, mas da ordem natural de diferentes posições e práticas sexuais. O amor honesto, por exemplo, podia ser manifestado apenas pela dramaturgia expressada em uma formulação muito comum (“*vir cum femina, recta positio, recto vaso*”, homem com mulher, na posição correta, no “vaso” correto).

De fato, o vínculo entre *effectus* e *affectus* era tão forte que o primeiro poderia substituir o último. Modificação de atitude externa equivalia a uma alteração de sentimentos internos.

Essa idéia de uma ordem natural de emoções e a contigüidade entre emoções e comportamento tinham uma forte influência no objetivo do direito. Enquanto sentimentos eram naturalmente (e juridicamente) devidos e necessariamente ligados a atitudes externas, ritos e cerimônias não eram apenas questão de “estilo” ou educação pessoal, mas questão de respeito para com a natural ordem das coisas; uma questão de “honra” ou “honestidade” (*honestas*), virtualmente postulável em juízo.

O direito, o guardião da ordem, estava intimamente relacionado com esse tema. Etiqueta e boas maneiras eram tratadas pelo direito e sua observância podiam ser objeto de processo judicial. Precedência, manifestação corporal – como beijar, curvar-se, ajoelhar-se, ou mesmo relação sexual – ou a forma pessoal de falar eram legalmente regulamentadas e, muitas vezes, discutidos judicialmente. Na prática legal contemporânea, litígios a respeito de precedência, etiqueta, cortesia, sinais de reverência, foram prática comum.

Ao mesmo tempo em que regulava o comportamento externo, o direito dispunha também sobre as atitudes internas correspondentes. Isso significa que, embora tratando com a alma, somente através da interpretação de suas manifestações externas, o direito medieval e do início da era moderna considerava que o mundo interior era domínio seu. Nesse sentido, o direito medieval não era mais cego para a interioridade do que o nosso. Formalismo ou ritualismo legais não significam que a relevância da “alma” fosse negada; pelo contrário, significava a confiança do direito na possibilidade de controlar a alma, controlando suas dimensões corporais, asseverando a correspondência entre alma e seus sucedâneos externos.

A ambição otimista do direito tratando do controle das mais íntimas dimensões do sujeito turvou as fronteiras entre o direito e outras ordens normativas, como a ordem do amor e da gratidão, explicando a contigüidade que os juristas modernos crêem haver entre mecanismos disciplinares do direito, da religião, do amor, da amizade, da gratidão, etc. Sendo a Ordem, em sua origem, um ato de amor e sendo as criaturas (inclusive homens) naturalmente ligadas por afeições, o direito não é senão uma forma (embora rudimentar, de qualquer maneira, externa) de corrigir alguns déficits ocasionais dessa compaixão universal. Nesse sentido, os deveres religiosos – tanto quanto os derivados de amizade, dívidas de gratidão, compensação de favores, dívidas de honra – eram quase deveres jurídicos (*quasi legales, antidorales*). Tais eram: a adoração de Deus e dos Santos, a compensação de favores, a remuneração de serviços espontâneos (como os serviços dos vassalos), o pagamento de juros de dinheiro, o exercício da caridade, a proteção de amigos.

É evidente que, dentro desse círculo, compreendem-se quase todos os deveres sociais que garantem a sociedade bem organizada, conforme os ideais europeus do início da era moderna (cf. Clavero, 1991; Hespanha, 1993b).

Também o amplo círculo de deveres dos parentes na família provinham da ordem das emoções. Tomando um exemplo menos direto, podemos citar o jurista português Baptista Fragoso, quando fez a distinção entre o trabalho mercenário, devido por lei como contraparte do salário, e o trabalho feito por crianças dentro da casa paterna.

“O filho que trabalha para o pai, estando sob sua *patria potestas*, não tem direito a salário. De outra forma, não poderia ser diferenciado de um estranho, que não trabalha sem salário [...] A razão é que não se presume que o filho sirva ao pai por

salário, mas por amor, devendo submissão ao pai” (Fragoso, 1641, III, 648, n. 117 e 118).

5. Vontade livre e ordem social

Desde o século XVII, a filosofia social e a teoria constitucional têm sido dominadas pela hipótese de uma base voluntária de sociabilidade e de instituições políticas, isto é, pela hipótese de um contrato social. Mesmo aqueles que procuravam uma origem transcendental para convivência encontravam mormente a pura vontade de Deus para justificar o controle político e as instituições políticas.

De outro lado, a teoria social medieval e do início da era moderna subestimou o papel da vontade livre (mesmo que fosse a vontade de Deus) na formação da interação humana. “A lei de Deus não está em sua vontade, mas em sua compreensão [...]”, escreveu Domingo de Soto em seu tratado a respeito de justiça e do direito (Soto, 1556, q. 1, la. 1. l. I, q. 1, art. 1).

Também o direito humano não depende da livre vontade humana. Portanto, “a doutrina jurídica não tem como fonte nem o édito dos pretores, nem a Lei das Doze Tábuas, mas a própria essência íntima da filosofia” (Soto, 1556, *Proemio* 5). Ou “discutir as razões das leis (como direito ‘voluntário’) revela mais ignorância do que conhecimento do direito (Domingo de Soto, *ibid*).

Em resumo, direito e vontade estavam unidos pela prudência.

“A luz não existe na vontade, que é cega, mas na compreensão [...] pelo que Platão sabiamente afirma que não se fingirá ou asseverará que tudo obedece à vontade, mas, pelo contrário, que nossa vontade obedece ou à prudência ou à razão prática” (Suarez, 1613, Liv. I, cap. 1, art. 1).

A plena justificativa do princípio de que *in iure stat ratio pro voluntas* aparece um pouco mais adiante:

“Além disso, com respeito ao direito, enquanto pode existir num sujeito humano, inquestionavelmente consiste em um ato da mente, e

de si exige somente um julgamento pelo intelecto, e não um ato de vontade, uma vez que, se um ato de vontade é necessário para a observância ou a execução do direito, não o é para sua existência. O direito precede a vontade do sujeito e obriga essa vontade, enquanto um ato do intelecto é necessário para que o próprio direito possa, desse modo, ser posto diante e em contato direto com a vontade; e, conseqüentemente, exige-se um julgamento pela razão. É nesse sentido, em verdade, que a lei natural é comumente referida como o julgamento natural da razão humana; mais ainda, isto é, na medida em que a dita lei existe no homem como em alguém que lhe é sujeito. Joannes Damascenus, também, fala dessa mesma forma, dizendo (*De Fide Orthodoxa*, Bk. IV, cap. III, [cap. XXII]): “a lei de Deus, enquanto se destina a nós, incendiando nossas mentes, atrai-as para si própria e desperta nossas consciências, que a consideram a lei de nossas próprias mentes. O mesmo é verdadeiro, guardadas as proporções, relativamente ao direito positivo. Pois, após ter sido editado, aplica-se a todos os indivíduos por meio de um julgamento da razão, de forma que o que não era necessário *per se* é considerado necessário em virtude da lei; dessarte, esse ato de julgamento é agora a lei (por assim dizer), como existe no próprio sujeito” (*Tractatus de Legibus...*cit. Liv. I, cap. 3, n. 5).

Essa desvalorização do papel da livre vontade na constituição da ordem política foi difundida na imaginação jurídica e política, no início da era moderna.

No plano da teoria política, provocou uma consciência permanente do caráter natural (isto é, não-artificial) da regra e de sua limitação através de princípios que escapavam ao *arbitrium* do rei.

“Embora alguns proclamem que é sacrílego discutir os poderes dos reis, e que sua vontade é a fonte da lei, uma resposta segura e certa pode ser dada a essa asserção. Realmente, o que é criminoso e sacrílego é afirmar que não é legítimo pôr em dúvida poderes reais. Esse é o próprio sinal de política sem Deus, suavizada por meio da sugestão de que não há Deus. Dessarte, é algo ímpio – semelhante ao preceito dos turcos – sustentar que a vontade real, iníqua, absoluta e sem regras [=arbitrária] tem a força de lei” (João Salgado de Araújo, *Carta que un cavallero biscaino escrivió en discursos politicos y militares, la otra del Reyno de Navarra [...]*, Lisboa, 1643, p. 15).

Portanto, a lei real tinha que ser esclarecida pela razão jurídica (*ratio iuris*), isto é, pelo conhecimento das coisas humanas e divinas, que era discutida pela filosofia, para tornar-se legalmente fértil.

No plano da teoria jurídica, essa limitação da vontade livre da pessoa pela razão estava na origem de uma suspeita, em face da lei, particularmente quando contradizia ou os princípios estabelecidos da doutrina jurídica comum (*contra tenorem iuris rationis*), ou introduzia exceções a eles (cf. *Digesto de Justiniano*, 1, 3, 14 a 16).

Instituições específicas eram também entendidas num semelhante molde antivoluntarístico. A propriedade, por exemplo, não era esse ilimitado poder sobre as coisas que caracteriza nossos conceitos de domínio desde o início do século XIX.

“Para tornar efetivo o conceito de propriedade – escreve Luis de Molina (1535 – 1600) – é suficiente usar as coisas de acordo com sua própria vontade, mas nos limites da forma exigida pela natureza e permitida pelas leis divinas e humanas. Assim, uma pessoa é senhora de seu escravo, embora não o possa matar, ou é proprietária de suas próprias coisas, inobstante não poder destruí-las” (*De Iustitia et de Iure*, Conchae, 1593, I, 18).

Também os contratos não eram esse domínio de escolha e vontade livres, como foram considerados pela legislação liberal do século XIX.

Aqui, o protagonismo de elementos voluntarísticos é circundado por uma construção teórica sobre a causa dos contratos (*causa contractus*) que é freqüentemente desconsiderada. Para os juristas teóricos, a causa era o elemento que dava racionalidade à vontade, o motivo subjacente sem o qual a execução dos contratos ou não teria sentido ou consistiria em uma vantagem eventual para a parte contrária. O jurista francês Domat afirmou, ainda no início do século XVIII, “tout engagement doit avoir une cause honnête” [isto é, conforme a ordem das coisas]. Outros autores preferiram outra construção dogmática, centrada na idéia da natureza dos contratos (“todos os contratos têm uma natureza inerente” [*natura ergo inest omnibus contractibus*], escreveu Mantica, *Vaticanae locubrationes...*, citado por Grossi, 1986).

A *natura contractus* deveria estruturar os compromissos contratuais com uma lógica objetiva, exigida pela própria natureza da organização social e incrustada na tradição.

Em qualquer construção dogmática que observemos, o peso de elementos voluntarísticos no imaginário do contrato era muito leve. Um advogado português resumiu muito expressivamente esse surpreendente equilíbrio entre vontade e racionalidade social objetiva. “A obrigação – escreve António Cardoso do Amaral, 1740, *Obligatio*, n. 6 – é contraída pelas próprias coisas, verbalmente ou por escrito [...] e às vezes também pelo simples acordo” (*aliquando tamen obligatur quis solo consensu*). Como um grande historiador do direito italiano escreveu, para essa visão naturalística “o homem desapareceu, absorvido por uma *rerum natura* (natureza das coisas), plena de energia vital” (Grossi, 1991, 161).

Essa concepção não-consensual de contratos sofreu algumas limitações pela condenação da mentira, contida em preceito (“Cumprirás o que sai da tua boca”, *Deut.*, 23, 23). Todavia, até o (suavizado) triunfo do individualismo na filosofia social da metade do século XVIII, a irrelevância da vontade livre na imaginação da interação social seria mantida.

Uma das mais conhecidas conseqüências da idéia do caráter objetivo do trato social era o severo regime do casamento, em que a vontade era quase impotente na formação da relação matrimonial. Mais surpreendente ainda era a maneira pela qual António Cardoso do Amaral (Amaral, 1740, v. *Obligatio*) acentua o fato de que os liames naturais de amizade e gratidão poderiam, por si mesmos, gerar obrigações. Portanto, haveria obrigações “oriundas apenas do instinto natural, por causa de serviços ou benefícios, de tal forma que estamos naturalmente obrigados a retribuir os que nos beneficiaram” (Amaral, 1740, v. *Obligatio*, n. 4). O amplo (além disso, comum) objetivo do *scholium* de Amaral é compreensível somente se considerarmos a extensão que “serviço”, “graça”, “piedade” ou “caridade” tinham na estrutura da interação humana na sociedade europeia do início da era moderna.

O princípio de que a natureza (humana) mecanicamente gerava obrigações compreendia, também, aqueles deveres impostos por virtudes morais, como “liberdade”, “amizade”, “caridade” ou “magnanimidade”. Os amigos deviam-se mutuamente “obséquios” e “favores”, pessoas poderosas tinham deveres de “proteção” para com pessoas humildes (“amizade”, “liberalidade”). Os ricos deviam esmolas aos pobres (“caridade”). E magnatas (como o rei), por causa da mais alta posição em que estavam situados, deviam tudo isso em grau superlativo (“magnanimidade”).

6. A doutrina jurídica como fonte da antropologia histórica do Antigo Regime.

Os poucos exemplos dados acima conduzem às mesmas conclusões fundamentais: (i) nas relações entre direito e cultura, tanto quanto (ii) nos papéis, a história legal pode desincumbir-se dentro de disciplinas históricas e legais.

Começemos com o primeiro ponto.

A primeira conclusão é a de que as instituições jurídicas podem ser o objeto de uma hermenêutica cultural que leve à revelação de um núcleo de categorias que organizam a percepção da sociedade e guiam a avaliação da equidade e justiça. Essas categorias não são inorgânicas. São combinadas em uma global e harmônica interpretação da realidade. Peças guias desse modelo (ou paradigma) são conceitos (imagens ou representações), ou oposições conceituais, como ordem (*versus* confusão ou homogeneidade), natureza (*versus* artifício), razão (*versus* livre vontade), todo (*versus* partes), pessoas (*versus* coisas), essência ou interioridade (*versus* aparência). Esse paradigma concretiza-se em miríades de manifestações concretas de desempenhos jurídicos ou institucionais, de tal forma que sintetiza o conjunto institucional da cultura política medieval ou do início da era moderna, tornando-o familiar e previsível em todas as minúcias.

A segunda conclusão é a de que tal paradigma está tão profundamente enraizado que abarca um amplo conjunto de discursos normativos, como a teologia moral, a ética, a economia (no antigo sentido, acepção de *oikonomia*, como administração da casa) e política. Ao mesmo tempo, todas essas disciplinas mergulham profundamente no senso comum e no comportamento quotidiano de vida. São, *hoc sensu*, uma teoria de práxis, para relembrar um conhecido título de Pierre Bourdieu (cf. também Kahn, 1999). Isso explica o anacronismo de aplicar a organização contemporânea do conhecimento (*arbor scientiarum*) ao sujeito desse discurso normativo, em que o direito está indissoluvelmente conectado com a teologia e a ética. Ademais, isso esclarece a permanente e contagante migração de conceitos e modelos de fundamentação e justificação de um campo literário para outro. E, finalmente, esclarece as razões da continuidade entre a literatura e as práticas quotidianas.

A terceira conclusão diz respeito às asserções comumente implícitas dos juristas a respeito da natureza dos paradigmas subjacentes à lei. Ao menos desde a Escola Germânica Histórica, os juristas estão cientes da existência de um sistema coerente de valores, atrás de

todas as proposições e regras jurídicas. Mas, com exceção da primeira geração da Escola Histórica Alemã, ainda tendem a pensar que esses paradigmas são o resultado de uma fundamentação jurídica permanente, e não de universos de crenças culturalmente incrustados. Isto é, no que tange ao direito romano, ou à grande tradição do *ius commune* continental, afirmava-se que as modernas categorias legais “racionais” já existiam, embora ainda em forma embrionária. A tradição jurídica ocidental seria uma continuidade, onde a Razão desenvolvia progressivamente e sem rupturas seu monótono sistema conceitual.

Portanto, ressaltar descontinuidade e ruptura não é uma atitude teórica comum entre juristas, e mesmo entre historiadores do direito. De fato, o caráter intemporal das construções legais é um postulado básico do pensamento jurídico ocidental, desde o Iluminismo, quando o racionalismo culturalmente contagiante criou a utopia de um sistema jurídico baseado em axiomas racionais desenvolvidos a um ritmo matemático.

Gottfried Wilhelm von Leibniz (1646-1716) ou Jeremy Bentham (1748-1832) são dois representantes notáveis dessa corrente de juristas, que conceituava a fundamentação jurídica e a descoberta de soluções jurídicas (*Rechtsfindung*) como uma forma de *calculus*, embora específico.

O formalismo neokantiano realçava a tendência de equiparar doutrina jurídica a uma ciência formal, isolada de qualquer contexto cultural ou social. O último passo nessa tendência foi dado pela “Teoria pura do Direito” (Hans Kelsen, 1897-1955), quando avaliou o cientificismo do discurso jurídico por sua capacidade de alienar (“purificar”) quaisquer outras considerações, exceto o rigor formal.

Mesmo o historicismo e o sociologismo incidiram nesse essencialismo aculturalista. De fato, mesmo quando as raízes sociais das instituições ou doutrinas jurídicas eram investigadas, o modelo adotado considerava que grupos sociais, tanto no presente, como no passado, compartilhavam os mesmos modelos básicos de representação da realidade ou de interesses. O conflito social ou a emulação social eram, em matéria de história, freqüentemente representados como se os atores fossem cidadãos europeus contemporâneos. Para eles, riqueza devia ser mais importante do que honra; afirmação individual, mais decisiva do que desempenho de um papel natural preestabelecido; progresso, mais desejável do que estabilidade; direitos, mais impositivos do que deveres; indivíduos, mais visíveis do que

comunidade; obrigações jurídicas formais, vínculos mais rigorosos do que os vínculos objetivamente gerados (preter-intencional). Essa contextualização contemporânea do comportamento formaria uma espécie de razão prática natural que poderia ser exportada para qualquer situação humana ou tomada como base para a pesquisa da justiça natural (como na teoria da justiça de John Rawls).

A atual consciência antropológica deu à historiografia, *maxime*, à historiografia jurídica, uma nova sensibilidade quanto à ruptura cultural e à diferença histórica, liberando a gramática autônoma de cada uma das diferentes culturas do passado europeu. Essa liberação de diferença tem duas grandes vantagens; uma, no plano legal; outra, na dimensão histórica.

No plano da teoria do direito, recuperar o sentido da diferença histórica tem sido um fator importante para recuperar o sentido, restrito ao âmbito local, dos valores ocidentais. Hoje, a consciência jurídica é confrontada com as falhas das tecnologias jurídicas ocidentais exportadas, ou com sua reticente recepção de culturas alheias. Em um mundo que, vertiginosamente, tende para a integração, o choque do universalismo jurídico e a correspondente consciência do caráter local do direito suscita o problema vital da reconstrução de uma teoria geral do direito, que possa ser operativa, liberada do cronocentrismo e do etnocentrismo, dentro da estrutura e em prol do pluralismo.

No que tange à dimensão histórica, a sensibilidade quanto à diferença é a condição de uma exitosa recriação de ambientes culturais extintos. A cultura medieval e do início da era moderna é um deles. Forma um universo coerente de imagens, crenças e valores que dão sentido a milhões de decisões concretas da vida quotidiana. Não se pode mais assistir a esses atos silenciosos e sem rastros. Alternativamente, temos ainda o impressionante *corpus* da tradição jurídica em que estão embebidos, que funcionou no mesmo arcabouço cultural e que engendrou diversos dispositivos discursivos que permitiram um contínuo intercâmbio entre senso comum e cultura assimilada. Um deles foi a receptividade permanente, por parte da doutrina jurídica, de valores da vida quotidiana ou sociais, por meio de conceitos, como *equitas* (equidade) *bonum* ou *rectum*, v. g., *bonus paterfamilias*, pessoa comum, *recta ratio* (razão comum), *interest* (cf. Barberis, 2000), *natura rerum* (natureza das coisas), *id quod plerumque accidit* (normalidade estatística), enraizamento (v. g. *iura radicata*), expectativas sociais radicadas [no tempo ou na tradição], e assim por diante. Outro dispositivo era o papel de *topica*, como a arte de obter consenso na descoberta de soluções jurídicas doutrinárias.

Uma última palavra a respeito desse tema, na medida em que pode ser a resposta a uma pergunta comum a respeito da capacidade de literatura jurídica doutrinal de se tornar numa fonte de história cultural e intelectual.

Inobstante os últimos progressos no sentido da reconstrução de um direito da vida quotidiana (notável, Sarat, 1996), a doutrina jurídica atual (*maxime* a doutrina continental européia) é, em certa medida, permeável ao senso comum e aos sentimentos de justiça social. Em certos domínios, onde é decisiva a adesão aos valores de equidade, conforme o senso comum, há dispositivos discursivos que proporcionam alguma espécie de sistema jurídico conceitual à vida quotidiana. É o caso de cláusulas gerais ou conceitos abertos, tais como: boa-fé (em temas contratuais), “discrição ou arbítrio prudentes” (em decisões judiciais), “homem prudente” (na administração patrimonial). Todavia, em geral, os conceitos são rígidos e auto-referenciais.

Pelo contrário, essa referência ao mundo de valores e de avaliações radicada no senso comum foi permanente na doutrina jurídica do *ius commune*. As soluções jurídicas assimiladas eram continuamente justificadas pelo fato de serem aceitas por pessoas comuns: por serem utilizadas há muito tempo (*usus receptae*), por se radicarem em usos sociais (*radicatae, praescriptae*), por corresponderem à ordem das coisas ou à ordem moral, como estas eram comumente percebidas (*honestae, bonnae et aequae*). Mesmo a estrutura das fontes do ordenamento jurídico – como era entendido pela doutrina – expressava o peso de um senso espontâneo de equidade. No topo estavam o costume (*consuetudo*), a doutrina recebida (*opinio juris*) e a prática judicial (*stylus curiae, praxis*).

Além disso, essa permanente investigação do senso comum era completada por técnicas de elaborar decisões. Ao invés de inferir soluções de um padrão doutrinal rígido, os juristas elaboravam soluções em duas etapas. A primeira (*inventio iuris, ars inveniendi*), descobrindo e coligindo pontos de vista comuns (*loca communia, topoi*); a segunda, identificando os metacritérios de hierarquizá-los em cada caso.

A inter-relação entre doutrina recebida e senso comum não findava com a decisão. Uma vez alcançada a decisão – esse produto de uma razão colhida dos fatos da vida – torna-se mais uma peça nesse esqueleto moral da vida quotidiana formada pelo “direito recebido ou praticado” (*ius receptum vel praticatum*). Realmente, os casos decididos integram o horizonte dos

padrões morais e das expectativas sociais da comunidade. Ainda mais, prosseguia o processo da reelaboração doutrinal do senso social de equidade. Trabalhando nesse *acquis* decisional prático, os juristas cunhavam *regula* ou *brocarda*, frases curtas ou epigramas, em que a sabedoria jurídica prática estava concentrada e podia ser facilmente disseminada e assimilada pelos leigos. Agora, as construções assimiladas a partir do senso comum regressam à vida quotidiana, tornando-se estruturantes. O discurso, de seu refúgio efêmero nos livros, retorna à vida.

Referências Bibliográficas

AMARAL, António Cardoso do, *Liber utilisimus judicum [= Summa seu praxis judicum*, Ulysipone, 1610], consulted edition, Conimbricæ, 1740, 2 vols..

BARBERIS, *Interesse*, Bologna, Il Mulino, 2000.

BERGAMO, Mario, *L'anatomia dell'anima. De François de Sales à Fénelon*, Bologna, Il Mulino, 1991.

CLAVERO, Bartolomé, *Antidora. Antropolgia católica de la economía moderna*, Milano, Giuffrè, 1991.

FERREIRA, José Dias, *Código civil anotado*, Lisboa, 1870.

FRAGOSO, Baptista, *Regimem reipublicae christianae*, Collonia allobrogum, 1641- 1652, 3 tomos.

GROSSI, Paolo, "Sulla 'natura' del contratto (qualche note sul 'mestiere' di storico del diritto, la proposito di un recente 'corso' di lezioni)", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 15(1986) 593-619.

HESPANHA, António Manuel, "Pré-compréhension et savoir historique. La crise du modèle étatiste et les nouveaux contours de l'histoire du pouvoir", in *Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit. Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992*, (= *Rättshistoriska Studier*, 19[1993a]), 49-67.

HESPANHA, António Manuel, "Les autres raisons de la politique. L'économie de la grâce", em Hespanha, António Manuel, *La gracia del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993b.

KANTOROWICZ, Ernst H., *The king's two bodies. A study in mediaeval political theology*, Princeton, N.J., 1957.

KAHN, Paul W., *The cultural study of law. Reconstructing legal scholarship*, Chicago, The Univ. of Chicago Press, 1999.

PEGAS, Manuel Alvares, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, Ulysipone 1669-1703, 12 vols. + 2.

SARAT, Austin, *Law in everyday life*, Ann Arbour, The University of Michigan Press, 1996.

SOTO, Domingo, *De iustitia et de iure* (Cuenca, 1556; ed. P. Venancio Diego Carro, O.P., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968).

SUAREZ, Francisco, *De legibus ac Deo legislatore*, Coimbra, 1613.

VALASCO, Álvaro, *Consultationum ac rerum judicatarum in regno Lusitaniae*, Ulysipone, 1588 (consulted edition, Conimbricae, 1730).